

Consecuencias jurídicas de los derechos del procesado derivadas de su operatividad constitucional

Legal consequences of the rights of the accused, derived from its constitutional operability

Xavier F. Andrade Castillo*

Profesor de derecho penal parte especial y general, derecho procesal penal, Universidad San Francisco de Quito

Enero 2013

Resumen:

La administración de justicia en el ámbito penal ha tenido transformaciones diversas y fundamentales en su evolución, tanto desde el punto de vista sustantivo, cuanto adjetivo. Con diferentes matices, resalta actualmente un virtual consenso respecto a la aplicación del derecho penal de acto, y la noción fundamental de la privación excepcional de la libertad en los procesos. El derecho a la defensa, con sus varios elementos, es el pilar fundamental del proceso penal, es una de las conquistas más decisivas del mundo jurídico, es una necesidad absoluta dentro de las complejidades especiales de la administración de justicia penal.

Abstract

The administration of criminal justice has had many and fundamental changes in its evolution, both from the substantive and adjective point of view. With different nuances, highlights currently a virtual consensus on the application of the criminal law of the act, and the key notion of exceptional deprivation of liberty in the process. The right to defense, with its various elements, is the cornerstone of the criminal process, is one of the most decisive victories of the legal world, is an absolute necessity in the complex specialties of criminal justice administration.

Sumario:

1. Introducción. **2.** Cuestiones preliminares de los conceptos. **2.1** Derecho penal de acto y derecho penal de autor. **3.** Derecho a la libertad. **4.** Derecho a juicio. **5.** Derecho a la defensa. **5.1** La confesión o autoincriminación como defensa. **5.2** Acogerse al silencio como defensa. **6.** Ser oído en cualquier momento. **7.** Ser informado de manera previa, precisa y detallada, entender los cargos. **8.** Derecho a impugnar y recurrir resoluciones públicas. **8.1** El doble conforme. **8.2** La *ne reformatio in pejus*

1. Introducción

Al tratar sobre temas de procedimiento y persecución penal, por lo general, la tendencia es formar conceptos que se fundamentan en las garantías procesales propias del Estado de Derecho, la Constitución, los derechos fundamentales, además claro está, en las resoluciones del Derecho internacional de los derechos humanos. Incluso, esa es la manera de presentarlos en los estrados ordinariamente, por lo que este trabajo, alejándose ciertamente de ello, más bien busca generar reflexiones a manera de consecuencia sobre los derechos conjugados en las diferentes etapas de un enjuiciamiento penal, y de ello que, el temario desarrollado intenta ir conforme se inicia una investigación formal hasta la correspondiente impugnación de la sentencia. Así entonces se encontrará que los derechos aquí enunciados responden no solo al estudio constitucional de su origen, sino de su operatividad dentro de un procedimiento, con las correspondientes consecuencias de interpretación conjunta, integral y jurídica.

2. Cuestiones preliminares de los conceptos

Existen diversas posiciones académicas muy discutibles, cuando se trata de señalar a quien sufre una persecución penal. Se habla por ejemplo de sospechoso, procesado, acusado, imputado, indicado, inculgado, sindicado, encartado, entre otros, generando dudas sobre los efectos jurídicos procedimentales de la correcta utilización de estas denominaciones. En este ensayo se utilizarán solamente dos de ellas, respondiendo tajantemente a su variable, imputado y/o procesado, las mismas que serán utilizadas de manera genérica (para designar a la persona que sufre la persecución penal) y específica (conforme el desarrollo del procedimiento penal) intentando un enfoque más bien práctico.

Procesalmente, al imputado debe entenderse como la persona en contra de quien se ejerce la persecución penal cuya individualización (precisa o no) y actos (acción u omisión), serán objeto de investigación procesal formal (riesgo probable de que la persona sea tenida por autora o partícipe de un hecho preciso y su obvia consecuencia-pena). Entonces una persona puede considerarse en calidad de imputada, luego de realizada la formulación de cargos que da la pauta de inicio de la instrucción fiscal (acto inicial formal de procedimiento o etapa), en donde directamente se le atribuye la realización de un hecho. Previo a esto debe entenderse que hay una indagación informal y reservada dirigida contra quien, se entiende, es un simple "sospechoso". Esta distinción es tan así, que una persona ya imputada puede estar o no presente en ciertos actos procesales como un reconocimiento del lugar de los hechos, o puede estar privada o no de su libertad, sin que esto influya en nada procesalmente. Mantiene la calidad de imputado por lo tanto, el individuo que es investigado con su conocimiento, previo aviso y sin pronunciamiento jurisdiccional de sobreseimiento. Como consecuencia tendrá derecho a la defensa técnica, al juez natural, al principio de inocencia, al silencio, a estar debidamente informado, derecho al hábeas corpus, derecho a ser oído, derecho de impugnación, etc.

No se olvide que el imputado puede ser objeto de prueba en un proceso u objeto de

medidas de coerción considerando que su posición procesal será siempre más débil durante la investigación preliminar.

Por otro lado, al procesado debe entenderse bajo un aspecto más bien material, es decir, una vez finalizada la investigación fiscal material-formal, en otra etapa procesal distinta a la previa, cuando ya aparece un pronunciamiento jurisdiccional que es preliminar y presupuesto para llevarlo a la siguiente etapa de enjuiciamiento. Así una persona llevada material y formalmente a juicio (etapa) pasa a ser un procesado, manteniendo esta calidad hasta que obtenga una sentencia ejecutoriada. Como consecuencia, a más de los derechos señalados para el imputado aquí surgen otros como el derecho a escoger ser órgano u objeto de prueba, el principio de legalidad, de favorabilidad, principio de inmediación, celeridad, principio de congruencia, independencia e imparcialidad del juzgador, información precisa sobre las consecuencias del juicio, plazo razonable, derecho a interrogar y contradecir, derecho a tener tiempo suficiente para preparar su defensa, entre otros.

2.1. Derecho penal de autor y derecho penal de acto

Todos los sistemas de persecución penal y estructuras procedimentales tienen como columna vertebral al derecho sustantivo. Ahora bien, este derecho como la mayoría de creaciones humanas ha sufrido múltiples cambios derivados de momentos históricos, filosóficos y necesariamente políticos. Entre estas formas de entender al delito (sus fórmulas de erradicación y fundamento teórico de cómo sancionar al responsable, finalidad, contenidos y fronteras) aparecen dos muy generales y universales postulados; una ideología filosófica jurídico penal llamada el Derecho penal de acto, con variadas escuelas de pensamiento que lo justifican, postulan y pregonan, sustentada en la noción de acción; y otra, conocida como Derecho penal de autor, con fundamentos dogmáticos muy discutidos y criticados por los defensores de un derecho igualitario. En la primera ideología, se concibe la punibilidad como exclusivo fundamento de la conducta concreta del sujeto en la ejecución de un hecho previsto como delictivo, y la sanción, a su vez, tiene como sustento solamente ese hecho individual y no la personalidad ni los antecedentes del autor, como tampoco los peligros que en el futuro se esperen del mismo. En definitiva se sanciona a un individuo por lo que hizo, es decir por su conducta.

Esta es la opinión prácticamente unánime de aplicación punitiva y criminológica de vanguardia universal.

La segunda ideología, en diferente sentido, *“se basa para fundamentar la previsión legal delictiva, la culpabilidad del imputado y la sanción correspondiente del mismo, en su personalidad, sus antecedentes, su condición de la vida, su peligrosidad o asociabilidad”*¹² esto es, se da importancia y relevancia para la sanción a las características individuales de la persona frente a la sociedad, dejando de lado al hecho perpetrado, por ello se la denomina Derecho penal de autor. Este postulado lo sostiene una minoría casi imperceptible por la previsión legislativa y el respeto del principio de legalidad procesal y penal.

Otro tema de discusión aún no agotado es el de la culpabilidad o juicio sobre esta, que también tiene corrientes de pensamiento antagónicas que la postulan, fundamentan, limitan y definen. Lo trascendente aquí es resaltar que las teorías de culpabilidad que se escojan, sirven para estructurar una estrategia de acusación o de defensa o teoría del caso si se escoge por ejemplo ausencia de elementos del tipo (atipicidad de la conducta); una causal de justificación (defensa positiva), una causal de inculpabilidad (error de prohibición vencible o invencible), etc. Como consecuencia de esto encontramos que estas sirven para motivar resoluciones públicas, principio de oportunidad o de oficialidad, y derecho a una defensa técnica.

3. Derecho a la libertad

La regla general es la libertad (*favor libertatis*) y su fundamento surge del “*respeto hacia uno de los estados de la naturaleza humana*”¹⁴ y solamente con una sentencia condenatoria se la puede limitar. Por esta razón es que el derecho procesal penal (norma adjetiva) debe especificar con toda precisión tanto las condiciones de aplicación de una medida coercitiva como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos cuando van a restringir este derecho fundamental.

En un proceso penal todo individuo tiene derecho a defenderse en libertad (entiéndase: de circulación o ambulatoria), y la privación de esta no será utilizada como un fin en sí mismo, por el respeto a la presunción de inocencia, por lo que podrá ser restringida en casos muy especiales, inclusive debe ser ordenada cuando otras medidas no sean suficientes en el caso concreto, como por ejemplo si se trata de proteger a víctimas o testigos en riesgo legítimo, peligro de reiteración, peligro para la investigación, entre otros. “*Bonus iudex varie ex personis cuasisque constituet*: el buen juez juzga de manera diferente según las personas y las situaciones”¹⁸.

Bajo esta premisa entonces, la coerción personal de un imputado no podría darse casi nunca en base a un simple razonamiento procesal, y este es que, por simple que parezca apenas se ha iniciado un proceso en donde hay una mínima evidencia (base indiciaria mínima) que vincula al sujeto con el hecho bajo la sospecha, esto es, que a medida que avanza una investigación fiscal y se agotan las etapas de procedimiento penal resulta evidente que el imputado que hasta el momento se presume es inocente, cada vez lo será menos. Por ello, hay quienes sostienen que un individuo que llega a enfrentarse a prueba directa, unívoca, variada y concordante en juicio, es menos inocente, se duda de esta presunción y por lo tanto se acerca más a su culpabilidad. Como consecuencia entonces se puede argüir que una medida preventiva encontrará mayor justificación si una persona es encontrada culpable del delito, aún cuando esta resolución no esté ejecutoriada por el ministerio de la ley.

Aún cuando los argumentos de seguridad social y peligro de fuga se esgrimen para justificar una coerción, no son lo suficientemente poderosos para romper con el estado de inocencia de un individuo bajo sospecha, por ello se reconoce la posibilidad de atacar por vía de apelación las razones motivadoras de la prisión preventiva.

Si la prisión preventiva es una medida excepcional (ataca a la libertad), no debería

hacerse presente en todo proceso penal como ordinariamente sucede. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sus múltiples y amplios informes, ha llamado la atención sobre la práctica indebida de las autoridades judiciales por su tendencia a hacer uso indiscriminado y extensivo de la prisión preventiva.

Si esto es así, las medidas cautelares (personales o reales) aparecen como situaciones de excepción para todos los estados de derecho. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) al referirse a la medida que coarta la libertad, eleva esta apreciación doctrinaria a la categoría de principio positivo al establecer, en su artículo 9.3 que *“La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”*²⁰. Esto trae como consecuencia obvia que se genere el derecho de una persona a ser tratada como inocente en todo momento del proceso ya que esto le da dignidad e igualdad procesal, que también son derechos del procesado.

En definitiva, una medida coercitiva del derecho de libertad de un individuo debe ser utilizada para preservar la evidencia (testigos) o para garantizar el objeto (verdad procesal) y la finalidad (administrar justicia-bienestar social) del proceso penal.

4. Derecho a un juicio

Todos los códigos procesales, por lo general, establecen entre sus normas fundamentales disposiciones expresas sobre la aplicación directa de normas de derechos humanos particularmente la del juicio previo. Un juicio involucra cumplir con un debido proceso esto es, haber agotado técnicamente sus etapas insoslayables, como acusación, defensa, prueba y alegación.

No obstante el juicio como actuación procesal, constituye *“un método legal establecido por ley, que regula sistemática y ordenadamente las etapas y formas en que necesariamente debe practicarse, siendo la ley reglamentaria de los derechos y garantías constitucionales.”*²⁵

Para cumplir con su fundamento de origen, el juicio debe necesariamente reunir características de jerarquía constitucional sin importar si la acción es pública o privada. Así el juicio deberá ser previo, contradictorio, público, imparcial, de jurisdicción natural, oral, simplificado, eficaz, uniforme y de plazo razonable.

Una persona procesada tiene derecho a juicio basado en la medida, ponderación y equilibrio de fuerzas que termine con una sentencia condenatoria o declarativa de su inocencia puesta en duda por el procedimiento mismo. La piedra angular de esta premisa es el principio de legalidad *“Quod nullus sine iudicio ordine iudicari valeat: que nadie pueda ser condenado sin sujeción al procedimiento judicial establecido.”*²⁷

5. Derecho a la defensa

Uno de los triunfos históricos del Iluminismo y consecuencia notoria del juicio

acusatorio es la defensa. La supremacía de este derecho es la medida que permite equilibrar la balanza de la justicia. El axioma es que ante el ataque, la defensa. Por ello, ante la ofensa realizada por la acusación oficial el derecho a la igualdad formal y material se verifica con la defensa "*Cuique defensio tribuenda*: se debe conceder a todos el derecho a la defensa."²⁸

La defensa involucra a más de su contenido de igualdad procesal una serie de derivaciones entendidas como facultades, derechos y obligaciones.

Así un procesado tiene la facultad de ejercitar una defensa material entendida como medio no técnico de respuesta del propio imputado al cual se le dirige un procedimiento penal, el cual puede contener valiosa información sobre los acontecimientos investigados (dirección de la prueba) o incluso la verificación de algún extremo importante para la imputación.

Otra facultad y desde luego derecho, es el que se le concede a un procesado para gozar de una defensa técnica, letrada, experta o togada pudiendo ser privada o pública. El primero es aquel designado y de confianza del imputado; y el segundo aquel nombrado por el Estado a través de la defensoría pública quien actúa de oficio. El defensor es quien cumple el rol de asistente jurídico del imputado para resistir la imputación oficial.

Tanto en defensa material como técnica (positiva o negativa) se abren dos temas como posibilidades o facultades que le asisten al procesado: la de autoincriminación y el derecho al silencio.

5.1 La confesión o autoincriminación como defensa

La prohibición de autoincriminación vía coacción a más de ser de corte constitucional nacional, también lo es en el campo internacional, teniendo un origen en los derechos humanos, referidos a proteger la dignidad y libertad del género humano, tal es así que, el artículo 8 número 2 letra g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, establece el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, *nemo tenetur se ipsum accusare* (nadie tiene que acusarse a sí mismo), entendiéndose claro está dentro de enjuiciamiento penal.

Aunque la jurisprudencia nacional e internacional tiene criterios para entender a la autoincriminación en las diferentes etapas del proceso y sobre todo en los métodos (legales o no) de llegar a ella, la idea aquí más bien intenta aclarar su contenido dentro el contexto procesal penal.

Algunas posiciones doctrinales sostienen argumentativamente que la autoincriminación no es otra cosa que la confesión del acusado para facilitar la tarea del fiscal o del juez (según fuere del caso o sistema penal) y beneficiarse de una condena "más justa" incluso la aplicación de atenuantes, lo que permite ciertos acuerdos previos muy cuestionables al objetivo de una persecución criminal.

Por otro lado, hay quienes afirman más bien que, la autoincriminación no es otra cosa que un rezago de la confesión judicial característica del sistema inquisitorial, solamente que con un diferente nombre y llena de pinceladas neoprocesalistas.

En todo caso, la mayoría de posturas frente al tema son unánimes en apuntalar que la autoincriminación será válidamente admitida, siempre y cuando sea libre y voluntaria, esto es, sin vulneración de la libertad física o psíquica del acusado, vale decir, será jurídica y procesalmente valorada si es hecha sin coacción de naturaleza alguna. Ambos, el acusado y la coerción penal, ante los fines del proceso, generarán siempre conflictos, y de esto no cabe la menor duda.

La facultad de declaración de un acusado dentro de un proceso de naturaleza penal,

“...está conformada por dos caras de una misma moneda: por un lado, por el derecho que posee para “hablar” -el cual no es otro que el derecho a ser oído; y por el otro, por su derecho para “callar” -o bien llamado “derecho al silencio”⁴¹.

La prohibición de coaccionar al imputado para que declare en contra de sí mismo o se autoincrimine, como se explicó en líneas anteriores está concebida y protegida a través de la constitución, los convenios y pactos internacionales de derechos humanos y las normas adjetivas penales.

“El principio deriva del estado de inocencia, pero también del fundamental reconocimiento de la dignidad personal y del principio de humanidad y reacciona contra los antecedentes del proceso inquisitivo, que hacía de la confesión la “reina de la pruebas” y preveía el uso legal del tormento para arrancarla...”⁴².

Si se toma en cuenta que en un sistema acusatorio penal la base es el juicio oral, entonces la declaración inculpativa será válida siempre y cuando sea presentada ante juez de garantías penales, para que surta efectos jurídicos de palabra judicial, ya que ésta es prueba, y como tal, debe ser solicitada, ordenada, practicada e incorporada en juicio, in contrario sensu, las evidencias recogidas previamente aún cuando no sean producto de coacción moral, física o mediante engaños, no tendrán valor probatorio alguno, si el acusado se declara inocente o se acoge al silencio frente a su juez natural en audiencia.

En la mayor parte de ordenamientos se reconocen las declaraciones autoincriminatorias como circunstancias atenuantes de la pena, es decir, para una rebaja en caso de sentencia condenatoria. Sin embargo, por otro lado, en el derecho adjetivo penal existe un requisito formal que exige el reconocimiento de un hecho, para habilitar un proceso abreviado o simplificado, sin explicarse si esto favorece o perjudica, es o no palabra judicial, ya que solamente deja claro el acuerdo previamente pactado con el representante del estado.

De lo dicho, la autoincriminación funciona como medio de defensa, esto es, como herramienta de ayuda a la justicia en el esclarecimiento de la verdad material, denota arrepentimiento y además beneficia en la aplicación de una pena, ya que funciona como atenuante de comportamiento. Sin embargo, la autoincriminación no viola el principio de inocencia, ya que éste solo puede ser puesto en duda por el acusador

oficial y en juicio debe ser quebrantado por la sentencia en firme, todo ello sustentado en la piedra angular llamada principio de congruencia .

Si un procesado decide declarar en etapa de investigación podrá acogerse al derecho al silencio en el futuro, si así lo decide, en la audiencia de juicio. Pero si decide declarar en la audiencia ya no podrá acogerse al silencio en el supuesto caso que el fiscal decida conainterrogar, por dos motivos. El primero de carácter formal, porque el testimonio es indivisible (medio de defensa material) y el segundo, más de carácter psicológico, porque al requerir información el fiscal sobre el imputado, al negarse, dejará el sabor en el juzgador de que se oculta "algo".

5.2 El acogerse al silencio como defensa

El silencio como contrapartida del lenguaje procesal también posee su significación como la otra cara de la moneda, y por ende se constituye en palabra también. El silencio y un lenguaje apropiado definen la expresión verbal del poder, al igual que se constituyen en una de las condiciones necesarias del arte dramático, según Tedesco .

Guardar silencio es en sí mismo un acto de comunicación humana, incluso dentro del reino animal (ritual de cazar una presa), es un arte de hablar .

Curiosamente, el silencio tal como lo es el habla, también tiene sus influencias e interpretaciones de todo orden (favorables y contrarias). Sin embargo, éste es un elemento que circunda el lenguaje jurídico en general, y particularmente adquiere connotación en el proceso penal en cuanto al principio de culpabilidad. En esta línea, se puede observar que, el silencio incluso, constituye un derecho y garantía de defensa del procesado coherente con la presunción de inocencia.

Cabe destacar así que, este "derecho al silencio" surge como una consecuencia obligatoria que intenta evitar la práctica de tormentos para obtener la confesión del imputado, sobre todo en la época inquisitorial donde era frecuente, y de esta manera proteger al sospechoso de, si es inocente pero débil, su autoincriminación; y si es culpable, pero fuerte al dolor, su no autoincriminación (excusas la inevitable redundancia).

En este aspecto y en cuanto al derecho anglosajón, el derecho al silencio o la no autoincriminación se encuentra reconocido por la V enmienda de la Constitución americana, en cuanto establece el "no ser compelido a ser testigo contra uno mismo", (No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself) mismo que tiene una vertiente reconocida a partir de 1965 por la Corte Suprema de ese país, derivado del fallo "Griffin versus California" en el cual además se llegó a alcanzar como inferencia lógica de la argumentación jurídica, que tampoco puede hacerse determinado comentario o sacarse conclusión alguna, a partir del silencio adoptado por el acusado . No debe olvidarse frente a este razonamiento que hay una máxima que dice "nemo inauditus condemnetur" (No puede nadie ser condenado sin ser oído, previamente) .

Han transcurrido decenas años en los cuales el imputado pasó a formar parte del

proceso penal como sujeto, dejando de ser “objeto” de persecución penal, excepto cuando el cuerpo mismo del sujeto es la prueba (un examen de ADN por ejemplo). El Estado no puede exigir la confesión al acusado, porque también este es una parte procesal, y por lo tanto, el fiscal (delegación del Estado), goza de todas las facilidades y medios del aparataje estatal para destruir el estado de inocencia de un procesado. Así, si el actor de un juicio no prueba, se absuelve al demandado así el aforismo sempiterno (Actore non provente, reus absolvitur) aun cuando éste se haya autoincriminado a través de la palabra judicial en la etapa de investigación o en la de juicio.

6. Ser oído en cualquier momento

Como consecuencia del derecho a defenderse, la autoincriminación legítima, libre y voluntaria, acogerse al silencio, derecho a una defensa técnica, surge el derecho a ser oído en cualquier momento, entendido como la exigencia al Estado de derecho, de escuchar, de tomar en cuenta e investigar lo explicado por el imputado, incluso posibilitarle en todo momento procesal a resistirse de la acusación, refutando, negando, replicando, reconociendo total o parcialmente hechos.

Este derecho se encuentra anclado al derecho a estar informado de manera previa, clara, oportuna y precisa de la imputación de cargos, de manera que pueda explicar o contradecir los fundamentos tanto fácticos como jurídicos de la investigación formal o de la acusación ya en el juicio. Incluso esta facultad se amplía cuando existen medidas coercitivas dictadas en su contra, así el imputado podrá explicar las razones jurídicas o de arraigo social por las cuales no deben ser ordenadas en su perjuicio.

Este derecho hace posible el principio de inmediación, en el cual el juez es el árbitro que observa directamente la contienda jurídica y fáctica expuesta por el fiscal y refutada por el imputado y viceversa (principio de contradicción). De ese choque de partes, saldrá la opinión objetiva de valoración judicial.

7. Ser informado de manera previa, precisa y detallada, entender los cargos

El imputado para poder contradecir y refutar procesalmente debe conocer, debe estar informado él y su defensa del detalle de la formulación de incriminación. Esto responde al sentido común procesalista, ya que de esta manera se evita el factor “sorpresa” que un sistema de igualdad de partes (justas), devendría en vulneración del derecho a la defensa. Las reglas del juego procesal deben ser claras, precisas y específicas para los sujetos procesales, pero particularmente, se debe conocer cuál es el ataque concreto para generar la respectiva defensa material o técnica, como derecho. La información a de ser previa, precisa y detallada ya que “...*nadie puede responder o explicar acerca de lo que ignora; tampoco podrá hacerlo adecuadamente si dicha información es equívoca, vaga o genérica.*”⁵⁹

El sistema acusatorio parte de la honestidad y lealtad procesal que son los estandartes donde se afianza. Entre más clara, precisa e imparcial la información sobre la persecución, más confiabilidad en el sistema.

Si declarar libremente sobre los hechos imputados al procesado, como el dar las razones o explicaciones que según su criterio le asisten para lograr una decisión jurisdiccional a su favor son derechos de defensa (derecho a ser oído), entonces entender los cargos también forma parte de una actividad procesal que resulta imprescindible para los fines del proceso y la obtención de la verdad sustancial.

Como consecuencia de estar debidamente informado y entender la imputación, deviene el derecho a preparar la defensa con el tiempo y medios suficientes, además del derecho a la contradicción, pero fundamentalmente esto permite la operatividad y el respeto del principio de congruencia que es:

“la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto, teniendo en cuenta todos los elementos individualizadores de tal objeto: los sujetos que en él figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente lo perfila.”⁶²

Por ello la sentencia debe estar en conformidad o ser congruente con la demanda, *“sententia debet esse conformis libello”* y dando valoración al aforismo jurídico que respalda lo dicho es *“Iudex iusta alligata et probata iudicare debet*: el juez debe juzgar de acuerdo a lo alegado y lo probado”⁶³.

Es notorio observar que la formulación de cargos es por un delito determinado (homicidio simple), y en la audiencia de juicio se modifica la acusación empeorando el delito (homicidio calificado) o acusando por el medio comisario (tenencia de armas), lo que francamente viola la defensa por la inexacta acusación, falta de tiempo para refutar el nuevo hecho y la congruencia por cuanto la resolución jurisdiccional no será correlativa entre la acusación y la defensa.

El principio de congruencia permite que se operen los principios de oportunidad, eficacia intermediación, igualdad, contradicción, motivación, proporcionalidad y recurribilidad, todos de carácter procesal, constitucional y de derecho internacional de derechos humanos.

8. Derecho a impugnar y recurrir resoluciones públicas

El derecho de defensa se afianza con una herramienta elemental que es la facultad de impugnar toda resolución que fuere desfavorable a los intereses o derechos del procesado.

Obviamente esta garantía proviene del derecho internacional de los derechos humanos que declara que toda persona encontrada culpable por un delito tiene el derecho a que la resolución inculpativa sea revisada por un tribunal superior para que la ratifique o reforme.

De lo dicho, debe entenderse que el derecho a recurrir el fallo condenatorio es de exclusiva facultad del procesado, más no de los otros sujetos procesales (fiscal y acusador particular). Esto responde a que el representante oficial del estado goza

de todas las herramientas jurídicas y logísticas posibles para llevar a una persona a juicio y destruir su inocencia, y si con todo esto, no lo logra, mal puede buscar una revisión de un tribunal superior ya que devendría en inconstitucional e ilegítimo.

Los defensores de las víctimas u ofendidos sostienen que impedir a la acusación pública o privada de la facultad de recurrir viola el derecho de igualdad procesal y sus derechos.

Si la acusación impugna recursivamente una sentencia absolutoria y logra del tribunal superior una condena, esta le habilita básicamente al procesado a recurrir este último por casación (por el evidente error de derecho de una de las dos sentencias) o revisión (por el error en la propuesta fáctica o probatoria).

El problema está en que casación y revisión no son instancias jurisdiccionales (no son tercera instancia), sino órganos de control supremo de derecho, de ahí la connotación jurídica de “extraordinarios”, por lo que la sentencia condenatoria última (tribunal superior) sería de segunda y última instancia, violando indiscutiblemente el derecho de procesado a recurrir el fallo ante un “tribunal superior”.

Para legitimar el derecho de castigar de un Estado y ejecutar una pena, es menester la doble conformidad judicial, que permite la tutela efectiva de derechos del procesado mediante la revisión de una instancia superior de las resoluciones jurisdiccionales, es la “doble verificación” de la sentencia condenatoria .

8.1 El doble conforme

El procesado tiene derecho a obtener dos resoluciones públicas iguales provenientes de dos distintos órganos jurisdiccionales, ya que esto trae como consecuencia la uniformidad de la jurisprudencia.

Como consecuencia de lo anterior, las resoluciones judiciales distintas ameritan obligatoriamente como condición, una casación (por el error de derecho que una de ellas necesariamente incurre) o una revisión (por el error de hecho), dando como resultado que al final, existan dos resoluciones iguales.

La garantía del doble conforme también deriva en ciertos problemas de operatividad procesal, cuando por ejemplo recurre la acusación como se señaló anteriormente.

8.2 La *ne reformatio in pejus*

Este es el principio por el cual el procesado impugna una sentencia de primera instancia y el juez de segunda instancia no puede empeorar la situación jurídica del recurrente . No obstante, se generan algunos problemas de operatividad de esta prohibición.

Un primer problema surge cuando el procesado impugna una sentencia de primera

instancia por el delito de homicidio calificado (pena grave) alegando es inocente; y la segunda instancia, resuelve acoger el pedido del procesado y en su lugar declara que hay un homicidio inintencional (menos grave) esto es, aún cuando no se empeora la situación del recurrente porque técnicamente se está disminuyendo su pena, igual existe una que contradice la alegación de inocencia.

Otro problema sucede cuando se impugna una sentencia que viola el principio de legalidad, por ejemplo cuando se impone una condena por debajo de lo establecido por la ley sustantiva en base al principio de proporcionalidad y el único recurrente es el procesado, dejando a la segunda instancia la difícil opción de escoger entre el principio de legalidad, la proporcionalidad y la *reformatio in pejus*[□].

La repuesta a estos problemas se encuentra en la característica natural de la prohibición. El fin de impugnar o recurrir un fallo busca la neutralización completa de este, es decir, la alteración jurídica total del fundamento de la sanción. Por lo tanto, el pronunciamiento de segunda instancia no puede, en ningún caso, hacer prevalecer un criterio distinto al origen de la impugnación, cambio de tipo penal o proporcionalidad, so pena de violar el derecho a la defensa, el principio de congruencia y el principio de legalidad. La prohibición de *reformatio* es total y forma parte del principio favorabilidad adjetiva además de ser un principio fundamental de legalidad procesal y constitucional.

A manera de conclusión

Como corolario de lo aquí expuesto, las consecuencias jurídicas de un procesado no son otra cosa que la traducción de sus derechos fundamentales para que tenga dignidad humana, ya que históricamente ha sido vilipendiado, por lo que merece este reconocimiento.

Los derechos del procesado aquí presentados no son todos ni los más importantes, son simplemente los que evidencian un notorio impacto en el desarrollo de un proceso de investigación y juzgamiento, son los más sensibles. Ojalá pudieran surgir visiones más lúcidas, amplias y precisas acerca de otros derechos fundamentales que permitan transformar la realidad procesal por simple o pequeña que esta fuera.

Se sostiene que el alma de un proceso es la acción penal, es decir, el alma nace con la acción y muere con la sentencia, pero la necesidad de juzgar hombres, seres humanos, privarles de su libertad, obliga a construir escenarios más puros y cálidos que le permitan al procesado entender la realidad de su tormento. Esta es el alma de la administración de justicia penal.

(Endnotes)

1^{*} Profesor de derecho penal parte especial y general, derecho procesal penal, Universidad San Francisco de Quito.

2 Los derechos mínimos de dignidad humana procesales (en general) de una persona sometida a un enjuiciamiento penal surgen con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia 1948, como por ejemplo derecho de justicia (Artículo XVIII), derecho de petición (Artículo XXIV), derecho de protección contra la detención arbitraria (Artículo XXV), derecho a proceso regular (Artículo XXVI), entre otros, sin dejar de admitir que ya existían con anterioridad a este pronunciamiento. Puede verse como *Estatuto de Roma, documento completo*, disponible en: <<http://www.iccnw.org/documents/rome-s.pdf>> (último acceso 20 de diciembre de 2012).

Véase también: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Registro Oficial 101, de 24 de enero de 1969. Convenio Americano de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, Registro Oficial No. 452, de 27 de octubre de 1977.

3 Estas distinciones se han tratado en las obras de derecho procesal penal de Julio B.J. Maier, José Cafferata Nores, Jorge Clariá Olmedo, Eduardo M. Jauchen, Jorge Vázquez Rossi, solo por citar algunos, quienes en han coincidido en explicar los conceptos fundamentales de los sujetos procesales para entender desde cuando se genera el derecho a la defensa y la legitimación para todos los efectos procesales.

4 Cfr. **Julio, B.J. Maier**, *Derecho procesal penal*, Parte general, Sujetos procesales, Tomo II, Buenos Aires: Editores del Puerto, año 2003, primera edición, p. 187.

5 Cfr. **Jorge A. Clariá Olmedo**, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, primera edición, Tomo VIII, año 2011, p. 219.

6 En la nota al pie 3 se menciona: Cfr. **Julio, B.J. Maier**, *Derecho procesal penal*, Parte general, Sujetos procesales, Tomo II, Buenos Aires: Editores del Puerto, año 2003, primera edición, p. 241.

7 Cfr. **Maier** (*supra* nota 3), p. 244.

8 La sentencia puede declarar y reconocer el estado de inocencia de un procesado o puede establecer la culpabilidad bajo los supuestos de tentativa, consumación, grado de participación, error de prohibición, graduación de pena por exceso, atenuantes y agravantes.

9 **Eduardo M. Jauchen**, *Derechos del imputado*, Argentina: Rubinzal Culzoni, primera edición, año 2007, pp. 26 y 27.

10 Las escuelas de pensamientos penal y construcción del delito más reconocidas y estudiadas son, la llamada Clásica (1881-1915) representantes: Franz von Liszt, Kirchmann, Ernst Beling, Gustav Radbruch*; Neoclásica o teleológica (1907-1940) representantes: Dilthey, Karl Binding, Max Ernst Mayer, Reinhart Frank, James Goldschmidt, Freudenthal, Edmund Mezger*; Finalista (1930 aprox.) representantes: Hans Welzel, Armin Kaufmann, Maurach, Niese, Stratenwerth, Schaffstein, Von Weber*; y Funcionalista representantes: Günther Jakobs, Durkheim, Talcott Parsons y Robert Melton, Claus Roxin* solo por citar unos pocos. Véase la obra: Sergio Medina Peñalosa, *Teoría del delito, causalismo, finalismo, funcionalismo e imputación objetiva*, México: Angel editor, segunda edición, año 2003.

11 Cfr. **Jauchen**, (*supra* nota 3) pp. 26-27.

12 **Jauchen**, (*supra* nota 3), p. 26-27.

13 Álvaro O. Pérez Pinzón, *Los principios generales del proceso penal*, Colombia: Universidad Externado de Colombia publicaciones, primera edición, año 2004, p. 41.

14 **Pérez**, (*supra* nota 12), p. 41.

15 Cfr. **Clariá**, (*supra* nota 4), p. 461.

16 Cfr. **Clariá**, (*supra* nota 4), p. 462.

17 Cfr. **Clariá**, (*supra* nota 4), p. 461.

18 **Pérez**, (*supra* nota 12), p. 44.

19 Cfr. **Clariá**, (*supra* nota 4), p. 466.

20 *Estatuto de Roma, Artículo 26 DADDH, Artículo 10 de la DUDH, Artículo 8 inciso 1 de la CADH y Artículos 9 y 14 del PIDCP. En la nota 1 se menciona: Estatuto de Roma, documento completo, disponible en: <<http://www.iccnw.org/documents/rome-s.pdf>> (último acceso 20 de diciembre de 2012).*

Véase también: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Registro Oficial 101, de 24 de enero de 1969. Convenio Americano de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, Registro Oficial No. 452, de 27 de octubre de 1977.

21 Es notorio y común observar cómo se lleva a un procesado a su audiencia de juicio atado de manos o esposado, presumiéndose ahí ya su peligrosidad y culpabilidad.

22 Cfr. **Estatuto de Roma**, (*supra* nota 1).

23 Entendido como el conjunto de derechos, garantías y principios fundamentales de respeto de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales y la constitución de los estados, un proceso legal y regular.

24 Cfr. **Jauchen**, (*supra* nota 4), p. 97.

25 **Jauchen**, (*supra* nota 4), p.100.

26 Sobre este tema puede revisarse la amplísima investigación recogida en la obra de Daniel R. Pastor, *El plazo razonable en el proceso del estado de derecha*, Argentina: Editorial Ad-hoc S.R.L., patrocinada por la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, publicada en primera edición en Argentina, octubre del año 2002.

27 **Pérez**, (*supra* nota 12), p. 34.

28 **Pérez**, (*supra* nota 12), p. 55.

29 Véase y entiéndase a la facultad de intervenir en un proceso: **Maier**, (*supra* nota 3), p 256 – **Jauchen**, (*supra* nota 8), p. 153.

30 Cfr. **Maier**, (*supra* nota 3), p.257.

31 Cfr. **Pérez**, (*supra* nota 12), p. 52.

32 La defensa positiva involucra la alegación de una de las causales de justificación como legítima defensa, necesidad justificante, mandato de ley, obediencia debida u orden de autoridad, consentimiento del titular del bien jurídico, etc. La defensa negativa simplemente es la negación del acto o de la responsabilidad.

33 Véase mi trabajo anterior: **Xavier F. Andrade Castillo**, Artículo: *A propósito de la autoincriminación en un proceso penal*, Ecuador: Revista Novedades Jurídicas de Ediciones Legales, Año VIII, Número 55, Enero año, 2011, p. 56.

34 La autoincriminación es plenamente válida cuando es libre y voluntaria y no será el único medio para obtener una sentencia condenatoria.

35 Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se encuentra reconocida dentro del boque de constitucionalidad ecuatoriano en sus artículos 424 y 425 aprobada por la Asamblea Constituyente del año 2008. (Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial número 449, de 20 de octubre del año 2008).

36 Cfr. **Carlos Alberto Carbone**, *Medidas coercitivas “En cuerpo y alma” del imputado frente a la prueba ante la prohibición de autoincriminación*, *Revista de Derecho Procesal Penal 2006-2: la injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, Argentina: Rubinzal Culzoni, primera edición, vol. 2, año 2006, p. 190.

37 Los llamados métodos legales son los establecidos en las normas procesales como por ejemplo los acuerdos reparatorios, suspensión condicional de procedimiento, procedimiento abreviado, etc., y los métodos no legales son los que provienen de coacción moral, psicológica o física como la tortura.

38 No se olvide que el imputado en un proceso inquisitorial era considerado y se configuraba como un objeto y no parte procesal, sujeto de derechos, como lo es en el sistema acusatorio, por lo que lograr su confesión era el fin a llegar.

39 Ver nota al pie 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8, número 3.

40 Cfr. **CARBONE**, (*supra* nota 14), p. 188.

41 **María del Mar Niño**, disponible en: <http://www.ciberjure.com.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=3769&Itemid=26> (último acceso: 30 de diciembre del año 2009).

42 **Jorge Eduardo Vázquez Rossi**, *Derecho procesal penal, La realización penal, Conceptos generales, R Argentina: Rubinzal –Culzoni editores, Tomo I, año 2004, p. 282.*

43 **Alberto Bovino**, **comenta ampliamente el principio de oralidad en su obra** *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo, Primera edición, Primera reimposición, Editores del Puerto, Buenos Aires Argentina, año 2005.*

44 Acogerse al silencio necesariamente involucra una declaración tácita de inocencia que debe ser destruida por la acusación oficial.

45 Un requisito de validez de la confesión es que debe tener por objeto hechos, el reconocimiento de circunstancias fácticas careciendo de valor los juicios valorativos que haga el imputado, Cfr. Jauchen, pág. 410.

46 **José Ignacio Cafferata Nores**, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Argentina: Editores Del Puerto, tercera edición, primera reimposición, año 2005, p. 154.*

*Este autor realiza su estudio sobre el procedimiento penal abreviado comentando acerca de lo que en este procedimiento se sustituye es la prueba en el debate y que la confesión no establece la verdad procesal.

47 El Principio de congruencia es la columna vertebral en un proceso acusatorio, ya que delimita la correlación de la acusación, la defensa y el fallo final. Verbigracia, si la acusación oficial es por homicidio simple (dolo), y el acusado plantea la tesis de ser autor de homicidio inintencional (culposo) y se autoincrimina por este último, la sentencia no podrá establecer su responsabilidad penal sino por el que llegare a probar el acusador oficial, ya que el testimonio autoincriminatorio no tiene validez probatoria porque es incongruente con la tesis de acusación.

48 Hay quienes sostienen que la declaración de un imputado es un medio de prueba dirigido a resistir la imputación o a favorecer una defensa positiva.

49 **Ignacio F. Tedesco**, *El acusado en el ritual judicial: ficción e imagen cultural, Argentina: Editores del Puerto, primera edición, año 2007, p. 275.*

50 **Andrade**, (*supra* nota 13), p. 56.

51 Cfr. **Andrade**, (*supra* nota 4), p. 56.

52 En la justicia indígena el derecho al silencio aún no se instaura como medio de defensa, al contrario, la mayor parte de sus prácticas van encaminadas a violentarlo a través de la coacción física.

53 Artículo de María del Mar Niño, de 8 de mayo del año 2008, ver nota al pie 13: **Andrade**, p. 58.

54 **Pérez**, (*supra* nota 12), p.55.

55 Nótese que el Estado le entrega al fiscal un equipo completo de ayudantes, entre los cuales está criminalística de la Policía Judicial, peritos forenses, grafólogos, agentes especiales policiales, laboratorios de genética, entre decenas más.

56 **Pérez**, (*supra* nota 12), p. 37.

57 Cfr. **Jauchen**, (*supra* nota 8), p. 238.

58 Cfr. **Jauchen**, (*supra* nota 8), p. 239.

59 **Jauchen**, (*supra* nota 8), p. 239.

60 Cfr. **Clariá**, (*supra* nota 4), p. 146.

61 La verdad sustancial es el descubrimiento objetivo del hecho y su responsable, la verdad formal se verifica por las manifestaciones formales esgrimidas por las partes, véase nota al pie 4: **Clariá**, p. 120.

62 **Julián Horacio Langevin**, *Nuevas formulaciones del principio de congruencia: correlación entre la acusación, defensa y sentencia, Argentina: Fabián J. Di Plácido Editor, primera edición, año 2007, p. 31.*

63 Pérez, (*supra* nota 12), p. 51.

64 Véase nota al pie 1: Artículo 14 inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y Artículo 8 inciso 2 letra h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

65 Cfr. Jauchen, (*supra* nota 8), p. 452.

66 Principio constitucional y de derecho internacional de derechos humanos que establece que, al momento de resolver una impugnación de una sanción penal, administrativa o de otra naturaleza, no se podrá empeorar la situación del que recurre.

67 Cfr. Pérez, (*supra* nota 12), p. 45.

68 Este principio de carácter constitucional refiere a que la ley deberá señalar con toda precisión la infracción y la pena, estableciendo la debida proporcionalidad en base al principio de lesividad. En definitiva se sanciona en la medida del daño ocasionado.

69 Cfr. Pérez, (*supra* nota 12), pp. 48-50.

Bibliografía

- Andrade Castillo, Xavier F., A propósito de la autoincriminación en un proceso penal, publicación para la revista Novedades Jurídicas de Ediciones Legales, Año VIII Número 55, Enero 2011.

- CARBONE, Carlos Alberto, Medidas coercitivas "En cuerpo y alma" del imputado frente a la prueba ante la prohibición de autoincriminación, Revista de Derecho Procesal Penal 2006-2: la injerencia en los derechos fundamentales del imputado, Primera edición, Santa Fe,: Rubinzal Culzoni, vol. 2, Argentina, 2006.

- BOVINO, Alberto, comenta ampliamente el principio de oralidad en su obra Problemas del derecho procesal penal contemporáneo, Primera edición, Primera reimpresión, Editores del Puerto, Buenos Aires Argentina, año 2005.

- CAFFERATA NORES, José Ignacio, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Tercera edición, Primera reimpresión, Editores Del Puerto, Buenos Aires Argentina, año 2005.

- Clariá Olmedo, Jorge A., Tratado de derecho procesal penal, tomo VIII, primera edición, Rubinzal Culzoni Editores, año 2011.

- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial número 449, de 20 de octubre del año 2008).

- Convenio Americano de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, Registro Oficial No. 452, de 27 de octubre de 1977.

- Estatuto de Roma, documento completo, disponible en: <http://www.iccnw.org/documents/rome-s.pdf>

- Jauchen, Eduardo M., Derechos del imputado, primera edición, Rubinzal Culzoni, año 2007.

- Langevin, Julian Horacio, Nuevas formulaciones del principio de congruencia: correlación entre la acusación, defensa y sentencia, Fabián J. Di Plácido Editor, primera edición, año 2007.

- Maier, Julio B.J., Derecho procesal penal, Tomo II, Parte general, Sujetos procesales, primera edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, año 2003.

- Medina Peñaloza, Sergio, Teoría del delito, Angel Editor, México, año 2005.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Registro Oficial 101, de 24 de enero de 1969.

- Pastor, Daniel R., El plazo razonable en el proceso del estado de derecha, de la editorial Ad-hoc S.R.L., patrocinada por la Fundación Konrd Adenauer Stiftung, publicada en primera edición en Argentina, octubre del año 2002.

- Tedesco, Ignacio F., El acusado en el ritual judicial: ficción e imagen cultural, Primera edición, Editores del Puerto, Argentina, año 2007.

- Vázquez Rossi, Jorge Eduardo, Derecho procesal penal, La realización penal, Conceptos generales, Tomo I, Rubinzal -Culzoni editores, Argentina, año 2004, pág. 282.